

*Kostenwein, Ezequiel*

## Prisión preventiva, expedientes y modelos de argumentación

---

### VIII Jornadas de Sociología de la UNLP

*3 al 5 de diciembre de 2014*

*Cita sugerida:*

*Kostenwein, E. (2014). Prisión preventiva, expedientes y modelos de argumentación. VIII Jornadas de Sociología de la UNLP, 3 al 5 de diciembre de 2014, Ensenada, Argentina. En Memoria Académica. Disponible en:*

*[http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.4249/ev.4249.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4249/ev.4249.pdf)*

Documento disponible para su consulta y descarga en **Memoria Académica**, repositorio institucional de la **Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (FaHCE)** de la **Universidad Nacional de La Plata**. Gestionado por **Bibhuma**, biblioteca de la FaHCE.

Para más información consulte los sitios:

<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar>

<http://www.bibhuma.fahce.unlp.edu.ar>



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina.  
Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

## Prisión preventiva, expedientes y modelos de argumentación<sup>1</sup>

**Resumen-** En este artículo se hará una introducción a las características del objeto expediente, para luego indicar qué se hace en dicho instrumento respecto de la prisión preventiva (en adelante, PP) en la provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA) Argentina. Posteriormente se presentarán una serie de informes en los que se ha trabajado con métodos diferentes el uso del encierro preventivo a partir del expediente. Por último, tomando este instrumento como fuente primaria, se analizará a partir de cuatro modelos de argumentación, aquello que se consigna para justificar la medida cautelar.

**Palabras clave-** Prisión preventiva, expediente, modelo, argumentación.

**Abstract-** This article will provide an introduction to the characteristics of the expedient, and then indicate what is done in this instrument with pretrial detention in the province of Buenos Aires, Argentina. Subsequently, a series of reports will be introduced in which different methods from the use of preventive confinement have been used. Finally, taking this instrument as a primary source, four models of argument that justify this injunction will be analysed.

**Keywords-** Pre-trial detention, expedient, model, argumentation

### 1- *Cuerpos que constituyen causas*

Considerado en algunos trabajos y publicaciones como *cuerpo fetiche* dentro del PJ (Martínez, 2004; Sarraibayrouse, 2004; Barrera, 2008, 2012), el expediente ha tenido históricamente un lugar importante en la actividad judicial. Como rasgo preponderante de este instrumento puede mencionarse el de instituirse y circular a partir de la escritura<sup>2</sup>, junto a los efectos de homologación que dicha escritura genera para los sucesos jurídicos que allí se designan<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por Ezequiel Kostenwein (Conicet, ICJ, UNLP).

<sup>2</sup> La escritura, tal como lo plantea Godoy, “no afecta únicamente a las fuentes del derecho y al razonamiento legal, sino también a la organización del derecho. La relación del derecho con la sociedad se formaliza con el advenimiento de la escritura. [...] el derecho escrito alcanza autonomía propia, como lo hacen sus órganos. El tribunal se va separando gradualmente de la corte real o del jefe, adquiriendo sus propios especialistas, sumamente instruidos” (1990: 176; Souza Santos, 2009).

<sup>3</sup> La homologación, respecto de los expedientes, facilita la comparación entre ellos y sus respectivos contenidos, “[...] la homologación hace posible una forma de racionalización entendida, con Max Weber, como previsibilidad y calculabilidad: a diferencia de dos jugadores que, a falta de haber discutido sobre la regla del juego, se dedican a acusarse de trampa cada vez que aparece una discordancia con la idea que cada uno de ellos se había hecho de las reglas, los agentes implicados en una acción codificada saben que

Con la consolidación del objeto expediente surge, además, la oportunidad para que un nuevo grupo de expertos esté en condiciones de producirlo e interpretarlo legítimamente. En este sentido, las decisiones introducidas en estos instrumentos se imponen por medio de regulaciones y estándares normativos neutrales, con los que se procura limitar criterios arbitrarios<sup>4</sup>.

### **1.1 Los pro**

Durante todo el derrotero que transita este instrumento, desde el inicio de su confección hasta el momento en que se archiva, ofrece algunas ventajas para los actores que intervienen a lo largo de un proceso. Un atributo importante es el de establecer continuidad a partir de la distribución y acoplamiento de distintos sucesos, relatos y contribuciones que provienen de actores que, en los hechos, se encuentran dispersos (Renoldi, 2008; Barrera, 2011, 2012). Estas intervenciones son agilizadas, organizadas y pasibles de control a partir del expediente, prescribiéndose el modo y la forma en que los actores deben participar. En síntesis, brinda coherencia al conocimiento de un hecho, objetivándolo como resultado de una serie de tareas que son registradas adecuadamente, y no derivadas de procedimientos antojadizos.

Siguiendo en parte la descripción que se acaba de realizar, Ciocchini (2013) le asigna a este instrumento la posibilidad de producir colectivamente un hecho que se transforma en *judicial* por seguir esos pasos y requisitos. Es la causa judicial -que necesita de la recolección y agrupamiento de diferentes eventos, de la articulación en torno a las intervenciones de diversos actores- la que se materializa en el expediente. O en otras palabras, que es el expediente el que genera este tipo de causa judicial penal, y no a la inversa.

Se trata, en definitiva, del objeto donde se asienta la reconstrucción de un hecho delictivo, "es decir, traduce testimonios de testigos, pericias de expertos, etc. al lenguaje jurídico técnico construyendo un relato jurídicamente significativo. El expediente es el soporte de ese relato judicial. Al contener las intervenciones precedentes de los diferentes actores judiciales permite recorrer, en cualquier momento, el proceso de

---

pueden *contar con* una norma coherente y sin escapatoria [...]" (Bourdieu, 2001: 218).

<sup>4</sup> La escritura y las estandarizaciones normativas guardan una notoria afinidad con las características que Weber le adjudica a las burocracias modernas, con el agregado de que el expediente en estas últimas es tomado como un principio administrativo. Según sus propias palabras, "Los "expedientes", por un lado, y la disciplina burocrática, por otro, es decir, la sumisión de los funcionarios a la obediencia rigurosa dentro de su labor *habitual*, constituyen cada día más dentro de las esferas pública y privada el fundamento de toda organización" (2002: 742).

construcción de dicho relato" (Ciocchini, 2013: 147, Latour, 2010)<sup>5</sup>. Y es debido a estas características que se le puede dar al expediente la condición de ser, no sólo un instrumento, sino también un actor más dentro del proceso penal, ya que está en condiciones de modificar con su incidencia las relaciones entre personas y eventos (Latour, 2008; Boltanski, 2000; Nardacchione, 2011).

### **1.2 Los contra**

Además de las utilidades que se acaban de mencionar del objeto expediente, éste ha sufrido un conjunto de críticas, de las cuales serán mencionadas dos muy relevantes. La primera, de tipo eficientista, lo ha señalado como la encarnación del proceso inquisitivo y escriturario anterior a la reforma del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) en la PBA durante 1998<sup>6</sup>. Según este tipo de detracciones, dicho instrumento facilita el arraigo de la demora judicial, y la exigencia de una gran cantidad de trámites que no siempre son indispensables para el esclarecimiento de una causa.

Junto a estas objeciones existen otras de índole moral, que en términos generales sostienen, como lo hace Hazan, que la tramitación de los expedientes provoca en los funcionarios "un distanciamiento de los casos concretos a resolver, y por lo tanto de las personas que protagonizan un conflicto, ya que no se le autoriza a los funcionarios a decretar normas especiales para cada caso particular, sino que le obliga a limitarse a una reglamentación abstracta" (2009: 173; Iud, 2008). El expediente, desde esta perspectiva, separa a quienes trabajan dentro del ámbito judicial de aquellas personas que deberían ser sus beneficiarias directas, contribuyendo a una mayor indolencia en la tarea de los operadores jurídicos.

---

<sup>5</sup> Según Barrera, "la figura del expediente resume por antonomasia el funcionamiento del aparato judicial. De hecho, los expedientes son objetos cotidianos –y tal vez los más comunes– en la vida de un tribunal. Ellos son las formas que ponen en movimiento la dinámica de trabajo de un tribunal, organizando su actividad [...] a través de las cuales se desarrollan y realizan las capacidades personales" (2008: 224-39).

<sup>6</sup> Los reformadores y sus programas oponen a los componentes del proceso inquisitivo los del proceso acusatorio: oralidad e inmediación, sin papeleo excesivo, y con una mayor agilidad. Según la doctrina, "el "inquisitivo" y el "acusatorio" son bastante más que modelos procesales. En verdad, representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura, pues expresan una determinada escala de valores vigente en una sociedad en un momento o en un lapso histórico determinado" (Cafferata, 1992: 226). Debemos decir que difícilmente se pueda encontrar alguno de estos modelos en estado puro: con oscilaciones, existen mayoritariamente sistemas mixtos. Muy concisamente, "El proceso acusatorio, que tuvo principalmente en cuenta las garantías del acusado, se fue caracterizando por la separación de las tres funciones fundamentales, de acusar, defender y juzgar, la libertad de la defensa y libre apreciación de la prueba, pocas facultades del juez, inapelabilidad de la sentencia, que no se fundaba, y además como *un* proceso contradictorio, público y oral; el inquisitivo, que buscaba defender más los intereses de la defensa social, por el secreto, la no contradicción, la escritura, la concentración de las tres funciones en manos del juez, sistema de pruebas legales, la confesión como prueba esencial y, en consecuencia, el uso del tormento y la apelación de las sentencias" (Levene, 1993: 105-6).

La conclusión provisional sobre los expedientes, es que más allá de los argumentos expertos y los discursos reformadores que se acaban de mencionar concisamente -y que en su mayoría son críticos, este instrumento se mantiene vigente (Barrera, 2012; Ciocchi, 2013). Y dicha permanencia no debe calificarse como un simple producto de hábitos e intereses desprovistos de racionalidad, fuerzas institucionales arraigadas o comportamientos desaprensivos por parte de los actores judiciales. Es necesario tener en cuenta de qué manera el expediente, con sus limitaciones y utilidades -históricas y actuales- contribuye a dar sentido a las prácticas que forman parte del trabajo cotidiano dentro del Poder Judicial en la PBA.

## **2- La redacción de los riesgos**

Dentro del ámbito judicial bonaerense, la PP es una de esas prácticas que forman parte del trabajo cotidiano. Asimismo, afecta a la mayoría de las personas que se encuentran encarceladas allí. Y el expediente está vinculado a dicha medida cautelar, porque es en ese instrumento donde se despliegan argumentos para solicitarla, objetarla, aceptarla o denegarla (Vaughan, 1999, 2007).

A continuación, se presentarán los resultados más destacados de dos informes en los que se ha trabajado, con métodos y finalidades distintas, el lugar y las características que la PP tiene en los expedientes, junto a los criterios que utilizan los operadores jurídicos para fundamentar el encierro preventivo.

### **2.1 Primer informe previo**

En un estudio presentado en 2011 por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (en adelante, CIPPEC) en el que se indagaron los criterios que se ponen en juego a la hora de aplicar la PP en la PBA, se analizaron diez expedientes buscando acercarse a una conclusión preliminar respecto de la actuación judicial a la hora de restringir la libertad durante el proceso (CIPPEC, 2011: 27). Allí se hizo hincapié en los parámetros utilizados para el pedido de la PP, si esos parámetros concuerdan con los cánones legales y constitucionales, y más en general con los requisitos del proceso penal.

- Del total de las causas examinadas, 7 fueron iniciadas por delitos de robo o hurto en sus distintas calificaciones y variantes<sup>7</sup>, 2 por homicidio y 1 por abuso sexual.

---

<sup>7</sup> Las variantes pueden ser robo en grado de tentativa, robo simple o robo agravado. Este último puede configurarse si en mediante su realización se comete un homicidio, se lesiona a alguien, se utilice armas, etc. (Art. 164 a 167 bis del CP).

- Sobre las 10 personas que fueron imputadas, 9 tenían entre 18 y 32 años, y 3 de esos 10 poseían antecedentes.
- A su vez, en 8 de las causas el Fiscal requirió la PP, concediéndosela los JG en todos los casos.

Si bien no se especifican los argumentos brindados en cada uno de los expedientes, el estudio asegura que los Fiscales nunca justificaron como lo requiere el CPP de la PBA el riesgo que provocaría, para los fines del proceso, que el imputado conserve la libertad durante el proceso. A la hora de solicitar la aplicación de la PP, los argumentos se fundaron "en la verosimilitud de los hechos y los indicios vehementes sobre la responsabilidad penal del imputado, según las pruebas obtenidas en escasos días, y no en el peligro real de fuga o entorpecimiento de la causa", agregando -con tono crítico- que "elementos tales como la pena en expectativa no bastan para decidir si existe peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga. Mencionar simplemente que *se encuentran reunidos los extremos de los artículos 157 y 158 del Código Procesal Penal* sin explicitarlo es insuficiente para tener por fundamentada la necesidad de aplicación de la prisión preventiva u otras medidas de coerción" (Ibíd.: 29-31)<sup>8</sup>.

Este documento ofrece la ventaja de evaluar la aplicación de la PP a partir del objeto expediente, lo que lo diferencia de otros estudios que, priorizando un abordaje dogmático, eluden la relación con los hechos concretos que hacen viable esta medida cautelar<sup>9</sup>. Sin embargo, muestra dos grandes limitaciones. En primer lugar, y como consecuencia del número exiguo de causas que analiza, la poca variación entre los hechos investigados. La última, y más importante, es que no transcribe los argumentos que los operadores jurídicos ofrecen para argumentar sobre la PP en particular.

## **2.2 Segundo informe previo**

En otra investigación sobre prácticas y discursos acerca de la PP, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) hizo en 2012 un relevamiento de 26 expedientes<sup>10</sup>, en el

<sup>8</sup> Otra información que ofrece el documento refleja que de los diez procesos iniciados existió condena en siete de ellos, seis por juicio abreviado y la séptima en juicio ordinario. En dos casos hubo sobreseimiento para los imputados y en el restante desistimiento por parte del Fiscal para formular acción. Lo que destaca el documentos es que de estos tres casos en los que no hubo condena, dos habían estado encarcelados bajo PP.

<sup>9</sup> Para profundizar el análisis dogmático de la PP, Maier (1989, 1989b), Bovino (1998), Pastor (1993), Levene (1993, 1993b), Ferrajoli (1989).

<sup>10</sup> Estos expedientes suelen estar compuestos por el acta de detención y notificación de derechos; declaraciones de las víctimas, los policías actuantes y testigos; un croquis del lugar donde se dieron los hechos y los datos personales e información sobre antecedentes, condenas o procesos pendientes de la persona imputada; un informe médico legal y, en los casos de robo, algún tipo de peritaje relacionado con el objeto de robo. Con este material elevado a sede judicial, el juez decide la toma de declaración

que la medida cautelar estuvo presente en 16 de ellos. Si bien no se trata de casos pertenecientes sólo al ámbito de la PBA<sup>11</sup>, resulta importante señalarlos puesto que aquí sí se hace mención a los argumentos expuestos por los actores judiciales a la hora de evaluar la utilización de la PP.

- Los hechos pertenecientes a la jurisdicción federal fueron 10 robos<sup>12</sup>, 6 delitos relacionados con estupefacientes, sea tenencia o comercio, 3 ilícitos con agresión y armas, y 1 homicidio.
- Sobre los casos dentro de la PBA, 4 referían a homicidios en ocasión de robo, 1 a robo agravado y 1 a comercio de drogas.
- Tomando el universo total de los hechos, 15 contaban con imputados varones, mayormente detenidos por algún tipo de robo.
- En el caso de las mujeres, había 11 procesadas, 9 de ellas privadas de la libertad por la imputación de delitos vinculados a estupefacientes u homicidio en ocasión de robo, y 2 por robo en alguna de sus configuraciones.
- Del total de los imputados, había 2 en la PBA y 2 en el ámbito federal que registraban antecedentes.
- Por último, la mayoría de las personas investigadas se encontraban sin trabajo o con trabajos precarizados<sup>13</sup>.

Los procesos de los que habla el documento de la ADC (2012: 56-7) comenzaron, como sucede en la mayoría de los casos en la PBA, con detenciones policiales a partir de las cuales se obtienen las declaraciones o testimonios<sup>14</sup>. A su vez, en casi todos los casos revisados se consideró conveniente la aplicación de la PP por la pena en expectativa (en adelante, PEE) alta, de la que procedería una condena de efectivo cumplimiento. Más en concreto, si bien las razones a partir de las cuales se fundamentan las resoluciones sobre el encierro cautelar parten de los dos riesgos

---

indagatoria de la persona imputada.

<sup>11</sup> De las 26, 20 pertenecen al ámbito federal y 6 al de la PBA.

<sup>12</sup> Sin distinguir entre simples o agravados.

<sup>13</sup> En el informe se mencionan los casos de vendedor ambulante, cartoneros, amas de casa, de entre 20 y 45 años

<sup>14</sup> Los testimonios, según el informe, suelen ser imprecisos. Por ejemplo: “con la descripción de los autores, se logró dar alcance a quien resultó ser XXX [...] que había sido descripto de tez morena, alto y de textura físicamente robusta” y, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, “lo reconocí porque tenía puesto un jean y una remera de mangas cortas de color amarillo, tal cual lo había descripto la víctima” (ADC, 2012: 57). Por último, la persona sospechosa es detenida en base a descripciones amplias o ambiguas sobre las características físicas o de vestimenta.

procesales estipulados en el CPP-PBA, lo hacen de manera amplia e imprecisa, por lo que las argumentaciones resultan inconsistentes a la luz de las normas jurídicas. Según el documento, "si bien se menciona que las únicas causales por las que se puede privar a una persona de su libertad de manera preventiva son el entorpecimiento en la investigación y la posibilidad de fuga, al momento de sopesar estas circunstancias hay un apego generalizado a los parámetros restrictivos establecidos por los códigos procesales, principalmente relacionados –directa o indirectamente- con la pena en expectativa y, en segundo lugar, con la posibilidad de demostrar el arraigo" (Ibíd.: 58-9).

Señalaremos a continuación los presupuestos, la jurisdicción y los argumentos de los Juzgados de Garantías (en adelante, JG) en alguno de los casos que trabaja la ADC.

**Presupuesto utilizado por el Juez de Garantías para conceder la PP:** Pena en expectativa

**Jurisdicción:** Provincia de Buenos Aires

**Argumento del JG:** “La gravedad de la pena en expectativa así como la valoración objetiva del hecho imputado, que lógicamente impedirían la aplicación de una eventual pena en suspenso, resultan pautas suficientes y validas para mantener el encierro preventivo mientras dure el proceso”

**Presupuesto utilizado por el Juez de Garantías para conceder la PP:**

Reincidencia del imputado

**Jurisdicción:** Ciudad de Buenos Aires

**Argumento del JG:** “La objetiva valoración de la calidad de reincidente en delitos contra la propiedad y lo que resulta de sus condiciones personales se comportan como pautas obstativas que hacen presumir que en la perspectiva de cumplir efectivamente pena privativa de libertad, resultara sustraerse a las resueltas del proceso, con el riesgo procesal consecuente ya que considerada globalmente su situación, la sanción que se le imponga deberá ser de considerable duración. [...]. Las numerosas condenas anteriores que registra, cumplidas con efectivo encierro ubican su situación en los presupuestos de los artículos 312 inc. 1 y 319 del Código Procesal de la Nación”.

En estos argumentos se observa cómo la justificación está sustentada en que los imputados "intentarán eludir" o "resultarán sustraerse" de la justicia, debido a que la



eventual pena será alta o a que son reincidentes, motivos por los cuales deberían cumplir la condena efectivamente. Y frente a ese escenario hipotético, se presume que huirán si no se los encarcela preventivamente.

**Presupuesto utilizado por el Juez de Garantías para conceder la PP:** Falta de

Arraigo

**Jurisdicción:** Provincia de Buenos Aires

**Argumento del Juez de Garantías:** “[la persona imputada] carece de domicilio fijo, ya que conforme surge de la constatación realizada a fs. 123, se encontraría en estado de indigencia [...] y según consta en fs. 125, éste no residiría en el lugar informado [...] Acorde lo que establece el art. 148 inc. 1 del cuerpo procesal penal, es menester tomarlo como un indicio fuerte de posibilidad de fuga.”

**Presupuesto utilizado por el Juez de Garantías para conceder la PP:** Falta de

Arraigo

**Jurisdicción:** Provincia de Buenos Aires

**Argumento del Juez de Garantías:** “[...] teniendo en cuenta que la imputada no cuenta con un trabajo estable y su lugar de residencia no es fijo, sino que alterna por distintos establecimientos, no es posible determinar su ubicación cierta y eso atenta con las posibilidades de su comparecencia al juicio [...]”.

En estos argumentos se sugiere que quien no tiene un domicilio estable tampoco ofrece responsabilidad -o previsibilidad- en su comportamiento. Poseer vivienda y ocupación permanentes son elementos valorados como garantía de que el procesado cumplirá con sus obligaciones. De lo contrario, se presume que intentará eludir la averiguación de la verdad. Lo que resulta paradójico de estos requisitos, afirma el documento de la ADC, es que la mayoría de los casos en los que interviene la justicia penal pertenecen a sectores que carecen de recursos como trabajo u hogar, cuyas carencias -al menos en parte- pueden ser valoradas como uno de los motivos por los que esos delitos llegan a cometerse (ADC, 2012: 60).

### ***2.3 Los tres tiempos de la prisión preventiva***

Así como el informe del CIPPEC tiene el mérito de ubicar a la PP dentro del expediente, relacionando las normas jurídicas con los hechos concretos, el estudio de la ADC brinda un nuevo atributo: el de presentar los argumentos que se redactan en los expedientes. Esto permite conocer las escalas que ofrecen los operadores jurídicos a la hora de legitimar su decisión sobre la PP. Estas escalas, que son producto de la actividad

de los mismos operadores, muestran como un factor importante la necesidad de asegurar la realización del juicio, la cual puede verse frustrada -principalmente- en los casos en que el imputado se fugue. Y es a partir de dicha necesidad que deben evaluarse los argumentos que los actores revelan al justificar los pronósticos que realizan sobre el comportamiento futuro del imputado.

Se entiende que en los casos de una PEE *futura* muy alta, la sentencia -de ser condenatoria- deberá cumplirse efectivamente, razón suficiente para concluir que el imputado intentará evadirse.

También el *pasado* puede tener peso en estos argumentos, ya que el haber cometido un delito anterior al hecho que dio lugar al proceso actual -esto es, reincidencia, es igualmente considerado un factor significativo para que a una persona se le otorgue la PP.

Por último, el *presente* es un lapso que suele mostrar importancia, ya que no poseer casa o trabajo, que es lo que configura la falta de arraigo, contribuirían a que se presuma que un imputado no podrá ser localizado cuando la justicia lo requiera.

Es definitiva, no hay período ajeno a la PP ya que el comportamiento futuro del procesado puede presagiarse por *el futuro* a partir de la PEE, por *el pasado* a partir de la reincidencia, y en *el presente* a partir del arraigo.

### **3- Nuestros expedientes**

A diferencia de los documentos del CIPPEC y la ADC, en esta sección se tomará como punto de partida la calificación legal propuesta en los expedientes, ya que permiten un acercamiento preliminar a la investigación penal preparatoria (en adelante, IPP).

Posteriormente, se transcribirán los pedidos que llevan adelante los Fiscales una vez que la investigación ha comenzado a desarrollarse. Por último, se presentarán las respuestas de los JG. Esto se debe a que la serie de justificaciones en torno a la PP se inicia con la solicitud que hacen los Fiscales, justificaciones que para confeccionarse tienen -o al menos deberían tener- en cuenta las posibles objeciones que el JG les podría realizar. El encierro preventivo no comienza ni termina en el PJ, sin embargo en este ámbito -y en esta etapa del proceso, la relación que se despliega entre Fiscales y JG es crucial, al punto de reducir la incidencia que tienen los Defensores<sup>15</sup>. Estos últimos están

---

<sup>15</sup> Esto "marginalidad" de los Defensores ha sido confirmada por los testimonios de distintos operadores, y por los documentos ya mencionados. Por ejemplo, en el trabajo del CEJA sobre la PP en Argentina, se afirma como una de las críticas el bajo nivel de influencia de la Defensa Pública: "Este es un tema crucial en el buen funcionamiento del sistema penal. Sin una institución fuerte, con liderazgo, capacidad de

facultados a plantear sus objeciones acerca del uso del encarcelamiento preventivo, una vez que el JG haya decidido, positiva o negativamente, sobre el pedido del Fiscal respecto a la PP.

### **3.1. Hechos y rasgos**

En tanto fuente primaria, hemos podido acceder a expedientes que provienen de tres departamentos judiciales de la PBA<sup>16</sup> y que en total suman 29.

- Hubo 9 que tuvieron que ver con homicidios o tentativas de homicidios, 16 con robos en sus diferentes tipificaciones, 2 con abuso sexual, 1 con lesiones graves y 1 con comercialización de estupefacientes.
- Se computaron 89 imputados<sup>17</sup>, 1 de ellas mujer, y 17 reincidentes. Más de la mitad no poseían empleo estable, y 67 no superaban los 30 años.
- Las características más frecuentes de estos expedientes fueron las de hallarse defectuosamente redactados, con faltas de ortografía, y una tendencia notoria a la repetición de fórmulas que se podría resumir bajo la expresión de *copiar y pegar*. Esto último se observa, por ejemplo, en la reproducción que los operadores jurídicos efectúan de los contenidos de los distintos apartados que conforman los expedientes. Las afirmaciones que realizan los Fiscales en cada uno de los títulos con los que se organizan dichos instrumentos<sup>18</sup> resultan prácticamente las mismas a las que posteriormente llevan a cabo los JG.

Un Magistrado de la etapa de instrucción del proceso, dio un testimonio que sirve para analizar esta tendencia a la reproducción de los argumentos en el expediente:

"[...] pero acá estamos en la trinchera, acá no se hace fondo casi..., salen minutas, es milanesa con papa fritas, hay cientos y miles de causas, por lo que tenés que estar

---

organización y reacción ante las demandas de la comunidad, etc., no puede avanzarse hacia la consolidación de modelos racionales en el uso de la fuerza del Estado en general, y en particular de la prisión preventiva. Salvo contadas excepciones no hemos relevado sistemas de Defensa Pública que logren impactos considerables en la decisión sobre el encarcelamiento preventivo. Entre otras falencias, ello tiene directa incidencia en la poca utilización que se hace de las medidas alternativas (y morigeraciones) a la prisión preventiva, donde advertimos que ante la interpretación *cerrada* del régimen de prisión preventiva, y una vez que el caso *encuadra* en los límites objetivos que la ley dispone, los jueces disponen el encierro cautelar, en muchos casos sin siquiera contar con una petición de una afectación menos lesiva a los derechos de las personas" (2011: 124).

<sup>16</sup> Se trata de los Departamentos Judiciales de Mar del Plata, Quilmes y La Plata.

<sup>17</sup> Vale mencionar que en una causa se detuvieron a 52 personas -hecho poco frecuente- que incrementa considerablemente el número total de procesados.

<sup>18</sup> Por lo general estos títulos son *materialidad ilícita*, *adecuación típica*, *autoría responsable*.

resolviendo permanentemente, y salís de un aborto, y vas a un homicidio, y vas a un hurto, habeas corpus, pungas, tenés una multiplicidad de funciones dentro de lo que es la primera instancia, con tiempos acotados, y en una instancia que es corregible, porque para eso está la alzada..., de última vos tenés la rectificatoria de tu superior jerárquico judicial. Que apele la Defensa o el Fiscal, en todo caso.

ENTREVISTADOR: ¿Eso da más tranquilidad?

No es que da más tranquilidad pero lo pueden hacer con más tiempo, lo desmenuzan con más tranquilidad. Son tres personas, no una, porque yo también puedo leerle una causa muy bien en un mes, y no en 15 segundos, y antes y después tenés miles. Es un vértigo permanente. Y los superiores están para eso, para corregirnos si nos equivocamos. Lo que pasa es que en primera instancia estás más cerca de la realidad".

Este tipo de afirmaciones ha sido recurrente en los actores entrevistados. El hecho de estar expuestos a procesos penales variados, sobre los que hay que decidir en poco tiempo, beneficia el apego a fórmulas preestablecidas, las cuales reducen el dispendio de tiempo para cada una de las causas. Y en este sentido, el expediente facilita esa estandarización brindando la posibilidad de volver público el contenido de un proceso, una vez que los hechos han sido redactados en él. A esto último -que se conoce como el efecto de *oficialización* que genera la escritura- se le debe sumar el ya mencionado efecto de *homologación*, que ayuda a identificar determinados fenómenos cuando se utilizan determinadas palabras<sup>19</sup>. Ambos efectos restringen los resultados imprevistos, de allí que jueguen un papel importante en la producción del expediente, y en el modo en que la PP circula en este instrumento (García Inda, 1997: 265).

### **3.2. ¿Cómo estudiar la prisión preventiva al estudiar los expedientes?-**

Para analizar el uso de la PP, los expedientes se agruparán de acuerdo a cuatro modelos o "gramáticas argumentativas" (Chateauraynaud, 2005), que permitan localizar de una forma identificable las justificaciones por medio de las cuales los actores judiciales dan sus argumentos. Esto facilitará el estudio comparativo de los fundamentos

---

<sup>19</sup> Para García Inda, "la homologación de las formas jurídicas, por lo tanto, permite que los agentes que se encuentran en una situación codificada `saben que pueden contar con una norma coherente y sin escapatoria, y por lo tanto calcular y prever tanto las consecuencias de la obediencia a la regla como los efectos de la trasgresión'; es decir, proporcionan esa previsibilidad y calculabilidad de la que hablábamos, por muchas zonas de oscuridad (lagunas, antinomias, etc.) que existan (y existen) en el discurso y el trabajo jurídico" (1997: 212). Respecto de la PP, los efectos de homologación se observan por ejemplo cuando se habla de PEE o reincidencia como requisitos que fundamentan la medida cautelar sin que los actores judiciales expliquen de qué se trata puntualmente.

con los cuales dichos actores despliegan permanentemente a la medida cautelar al solicitarla, aceptarla o denegarla<sup>20</sup>.

Esto implica, siguiendo a Boltanski (2000), que la PP será considerada como resultado de un acuerdo activo a realizar, y no como producto de fuerzas judiciales -o extrajudiciales- inscriptas de manera irreversible en los hábitos de los operadores jurídicos, predispuestas a funcionar en cualquier circunstancia (Latour, 2008).

En segundo lugar, para la elaboración de dichos modelos de análisis, los argumentos que los actores judiciales desplieguen en los expedientes serán presentados sin ser *traducidos*, sin tratar de difamarlos o desautorizarlos para luego contraponerles una explicación más sólida que sería la del investigador. Por tal motivo será necesario acumular la mayor cantidad de información que, tanto JG como Fiscales, produzcan respecto del uso de la PP, renunciando a introducir suposiciones ajenas a lo que puede leerse en los propios expedientes. Al igual que el juez, dice Boltanski, "el sociólogo [...] pone en escena el proceso recogiendo y registrando los informes de los actores, y su informe de investigación es ante todo un acta de esos registros, un informe de esos informes. En efecto, el sociólogo se obliga a seguir muy de cerca a los actores en su trabajo interpretativo, abriéndose camino a través de los informes que ellos han constituido. Toma en serio sus argumentos y las pruebas que proporcionan, sin tratar de reducirlos o de descalificarlos oponiéndoles una interpretación más fuerte" (2000: 55).

Tercero, se mantendrá la diferencia planteada tradicionalmente en las ciencias sociales entre el actor y el investigador. Al analizar los argumentos sobre la PP que se encuentran en los expedientes, al confrontarlos en un mismo momento y lugar, se realizará una tarea que los operadores jurídicos no llevan a cabo. Estos últimos, tienen la necesidad de decidir cuestiones concretas en una ocasión específica respecto a la medida cautelar. Sin embargo, y esto es lo más importante, la asimetría respecto al investigador y al actor, no presupone una confrontación entre la supuesta interpretación "más fuerte" del primero respecto de la del segundo, poseedor en términos de Becker (2009b), de una menor jerarquía de credibilidad.

En síntesis, los modelos que se expondrán en los próximos apartados son producto de haber tomado en cuenta los argumentos planteados por los actores, sin juzgar estos argumentos por lo que la PP debería ser en los expedientes según las normas jurídicas. Para ello, se responderán las siguientes preguntas: ¿qué redactan los

---

<sup>20</sup> Las transcripciones de los expedientes serán hechas de forma literal, excepto el número de los artículos mencionados cuando no se vinculen con la medida cautelar que serán omitidos. Por lo tanto, se mantendrán expresiones técnicas, redacciones defectuosas y errores ortográficos.

Fiscales a la hora de solicitar y fundamentar el pedido de la PP?, ¿qué razones dan los JG al aceptar o denegar la requisitoria?, ¿cómo lo hacen?, ¿qué condiciones debe satisfacer el pedido de la PP para ser considerado viable o no? De esta manera, los expedientes serán introducidos en cuatro esquemas con los cuales acercarse al sistema de relaciones que el pedido de la PP instaure, junto a las exigencias que este pedido impone.

### 3.3.1 Argumentos en base a la ley

Uno de los modelos refleja el acuerdo entre Fiscal y JG, que se puede considerar realizado *en base a la ley*. Luego de relatar los hechos e indicios que hacen posible suponer la autoría del imputado, las justificaciones sobre el pedido y aceptación de la PP se presentan en función de alguno de los dos riesgos procesales que exige el CPP de la PBA, para la concesión de la medida cautelar. Al solicitar ésta última, la Fiscalía menciona el peligro de fuga, el entorpecimiento en la investigación, o ambos a la vez, y el JG -expresa o tácitamente- concede la PP apoyándose en ellos.

**HECHO:** Tentativa de homicidio agravado por el vínculo y por el uso de arma de fuego.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "Que teniendo en cuenta (SIC) la pena en expectativa del delito que se le imputa y/o la gravedad del hecho que se le imputa, existen razones para sospechar que el encauzado procurará eludir la acción de la justicia, razón por la que solicito la conversión de detención a PP".

**ARGUMENTO DEL JG:** "[...] considero que en el caso en tratamiento concurren los presupuestos establecidos en el art. 171 en su remisión al artículo 148, la pena en expectativa (SIC), respecto del delito que se le imputa al causante, que hace presumir el peligro de fuga [...]".

**HECHO:** Homicidio simple.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "[...] teniendo en cuenta la gravedad del hecho y consecuentemente la pena en expectativa lo cual torna cuanto menos dudosa la sujeción de los imputados al proceso y/o no elusión de accionar de justicia".

**ARGUMENTO DEL JG:** "[...] ello dado la pena en expectativa prevista para el delito endilgado, y la posible fuga, circunstancia que torna viable la medida de coerción peticionada".

**HECHO:** Robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda, por el uso de arma en concurso real con daño.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "Se trata de un delito de índole no excarcelable, teniendo en cuenta la pena en expectativa (SIC), por lo que considero que en caso de recuperar la libertad los encartados procurarán eludir la acción de la justicia. Aduno a ello, que las

víctimas, resultan ser a su vez testigos presenciales de los propios ataques, por lo que teniendo en cuenta la naturaleza del mismo, los móviles y los antecedentes en distintos territorios, debo cuidar que los mismos no corran riesgo alguno durante la tramitación de la presente investigación [...]. Ahora bien, respecto de los encartados XXX, los cuales poseen condenas firmes por delitos anteriores, considero que en caso de recaer sentencia la misma debe ser de efectivo cumplimiento"<sup>21</sup>.

**ARGUMENTO DEL JG:** "Que respecto de la existencia de peligros procesales conforme lo establecido por el artículo 171 del CPP, valoro en primer lugar la magnitud de la pena en expectativa, cuyo mínimo de pena es de cinco años de prisión e impediría una condena de ejecución condicional [...] lo que me permite presumir que los coimputados tengan la intención de eludir la acción de la justicia, dada la voluntad del hombre a permanecer en el medio libre. Que en tal sentido computo no sólo la escala penal en abstracto, sino también las características violenta de los hechos, como es el caso de haberse provocado incendios, emplear hierros y manoplas, el número de imputados que además usaron pasamontañas para no ser reconocidos, que junto a la multiplicidad de víctimas, me hacen concluir que existen peligros procesales de fuga y entorpecimiento en la investigación. Que asimismo cabe consignar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que la gravedad del delito imputado y la severidad de la pena [...] es un parámetro razonable para sostener que los imputados podrían intentar eludir la acción de la justicia [...]. Considero pertinente evaluar la pertinencia si la coerción debe continuar respecto de todos los detenidos o si existen circunstancias especiales que permitan presumir que alguno de ellos no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar el accionar de la justicia. Para esto último tomo como pauta de interpretación el principio de libertad personal durante el proceso redactado en el 2º Párr. del Art. 144 del CPP-PBA<sup>22</sup>, libertad que sólo podrá ser restringida cuando fuera absolutamente indispensable para asegurar los fines del proceso. [...] siendo esto último doctrina de nuestra CSJN obtenida a través del fallo Verbitsky. Que por otra parte, tengo la obligación que la presente decisión judicial tenga las menores consecuencias en lo que se refiere a las restricciones de la libertad, por lo que considerando que la prisión preventiva involucra a 52 personas, habré de hacer uso de la excarcelación extraordinaria<sup>23</sup> procediendo a [...] concederle la libertad a quienes aparecen

<sup>21</sup> En términos jurídicos, se trata de personas que gozan de una condena de ejecución condicional. Esta figura se encuentra en el Art. 26 del CP: "En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena". Pero si quienes han sido beneficiados con este instituto vuelven a cometer un delito, deberán cumplir la pena efectivamente como lo expresa el Art. 27: "La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

<sup>22</sup> El segundo párrafo de este Art. expresa: "La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley".

con menores peligros procesales, tomando como basamento la falta de antecedentes".

Con este primer modelo de argumentación se observa, con variantes, de qué manera -frente a diferentes delitos investigados- la justificación respecto al pedido y aceptación de la PP se realiza *en base a la ley*, al ser mencionados uno o ambos riesgos procesales estipulados en el CPP. Esto no significa que se hayan comprobado fehacientemente el modo en que, el peligro de fuga o el entorpecimiento en la investigación, podrían concretarse.

Los informes mencionados previamente, así como otros documentos que estudian la PP, coinciden en que la falta de verificación de la existencia de los riesgos procesales es una de las falencias más relevantes, a la hora de evaluar el uso de esta medida cautelar<sup>24</sup>. El inconveniente de estos trabajos es el de formular una perspectiva sobre el encierro cautelar que, si bien no puede catalogarse de dogmática, conserva algo de la misma, ya que su preocupación está del lado de lo que la PP debería ser según parámetros legislativos, y no en el análisis de lo que es en concreto.

Y la PP, dentro de este modelo, es un acuerdo entre el Fiscal y el JG acerca de la importancia de indicar explícitamente lo que el CPP exige. Es esta coordinación una

<sup>23</sup> Este instituto está legislado en el Art. 170 del CPP, y dice: "Excarcelación extraordinaria.- En los casos que conforme a las previsiones de los incisos 1º (*El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho (8) años de prisión o reclusión*) y 2º (*En el caso de concurso real, la pena aplicable al mismo no supere los (8) ocho años de prisión o reclusión*) del artículo anterior no correspondiere la excarcelación, podrá ser concedida de oficio o a pedido de parte cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia. En estos casos el órgano interviniente podrá, de acuerdo a las circunstancias y a la personalidad del detenido, someterlo al cumplimiento de reglas especiales de vigilancia y/o cuidado asistencial [...]. La excarcelación prevista por este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada y se efectivizará cuando el auto que la conceda quede firme".

<sup>24</sup> Para el INECIP, "si bien se mencionan causales –procesales o sustantivas- no explican la manera en que operan en el caso en concreto y por qué los lleva a sostener que el imputado entorpecerá la acción de la justicia.... (incip 41-3). En el caso de la ADC, sugiere que "a la hora de fundamentar las decisiones, en casi todos los casos se mencionan las causales de riesgos procesales y la necesidad de determinar la decisión en base a elementos objetivos y probados en el caso concreto. Sin embargo, en la mayoría se hace de manera generalizada, ambigua y sin argumentación posterior que le de contenido y lo fundamente" (58). Según el CIPPEC, la falta de una "*clara fundamentación sobre la existencia de peligros procesales que habiliten la aplicación de la prisión preventiva viola claramente los preceptos fundamentales que regulan el proceso penal....* La verosimilitud de los hechos y de la culpabilidad del imputado que puedan llegar a surgir de las medidas de pruebas ordenadas en los primeros días de instrucción y elementos tales como la PEE no bastan para decidir si existe peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga. Mencionar simplemente que "se encuentran reunidos los extremos de los artículos 157 y 158 del Código Procesal Penal" sin explicitarlo es insuficiente para tener por fundamentada la necesidad de aplicación de la prisión preventiva u otras medidas de coerción" (31, 23, 29, 50). En un documento del CELS se afirma: "Nuestra experiencia de trabajo nos muestra que existe una numerosa cantidad de causas en las que sin pruebas, y sin argumentación, se aplica la prisión preventiva. El argumento determinante es simplemente la pena en expectativa o que el imputado es reincidente" (2010: 13).



forma de compromiso a partir de la cual la PP logra concretarse. Se trata de "apoyos convencionales" que, para Dodier (1993), permiten elaborar una perspectiva común en torno a lo que valida el encierro cautelar, organizando las justificaciones de los operadores jurídicos.

### **3.3.2 Argumentos en base a un acuerdo tácito**

En este segundo modelo de argumentación, se observa la descripción de los hechos que ocasionaron el inicio del proceso, junto a la presunta responsabilidad del imputado. Se alude con vaguedad a uno o más artículos que dentro del CPP remiten a la medida cautelar, sin que se formule concretamente -para solicitarla y concederla- alguno de los peligros procesales en las justificaciones. A continuación se expondrán los casos más destacados en los que se halla una falta explícita, tanto del peligro de fuga como del entorpecimiento en la investigación.

<b>HECHO:</b> Tentativa de homicidio.
<b>ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:</b> "Solicito se dicte la PP respecto del imputado XXX por encontrarse reunidos los requisitos de procedencia exigidos por el art. 157 y concordantes del CPP".
<b>ARGUMENTO DEL JG:</b> "Encontrándose reunidos los requisitos para su procedencia, resuelvo convertir la detención en prisión preventiva".

<b>HECHO:</b> Robo agravado por el empleo de arma de fuego.
<b>ARGUMENTO DEL FISCAL:</b> "Que se encuentra acreditado en autos la responsabilidad de los ciudadanos XXX respecto del hecho que se les imputa. Que asimismo el suscripto entiende que la conducta observada por los encartados durante la comisión del hecho ilícito ha evidenciado un alto grado de violencia, existiendo además proporcionalidad entre la cautelar requerida y el objeto tutelado, junto a los requisitos de los Arts. 157, 171 y ccds.".
<b>ARGUMENTO DEL JG:</b> "Para justificar lo previsto en el inc. 4 del art. 157 del CPP, considero que en el caso en tratamiento concurren presupuestos establecidos en el art. 171 del CPP (Ley 13449) en su remisión al artículo 148, la pena en expectativa (SIC) respecto del delito que se les imputa a los causantes, circunstancia que torna viable la medida de coerción peticionada".

<b>HECHO:</b> Tentativa de robo calificado por el uso de arma de fuego.
<b>ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:</b> "Que conforme surge de la ley 13.449 y Resolución 228/06 de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires este Ministerio viene por el presente a exponer los motivos que hacen procedente la imposición de la medida de coerción que se le solicita. Que se encuentra acreditada en autos la responsabilidad de los

ciudadanos XXX respecto de los hechos que se le imputan en la presente, siendo que el primero posee antecedentes penales. Que asimismo quien suscribe entiende que dada la pena en expectativa, existe además proporcionalidad entre la cautelar requerida y el objeto tutelado".

**ARGUMENTO DEL JG:** "Visto la extensión de la escala penal prevista para este tipo de ilícito aunado a los antecedentes penales de XXX, no existiendo otra medida de coerción que la aquí dictada para asegurar la averiguación de la verdad, la realización del juicio y el cumplimiento de la ley, siendo que el primero de los imputados posee antecedentes penales [...], resuelvo convertir en prisión preventiva la detención que vienen sufriendo los imputados"<sup>25</sup>.

En este modelo, se observa una ausencia manifiesta de los peligros procesales requeridos por el CPP, o más específicamente, la innecesidad de mencionarlos en dichas justificaciones.

Al consultar a dos informantes clave, una que se desempeña como ayudante en una Fiscalía, y otro en un Juzgado de Garantías, dijeron respectivamente:

"¿Para qué te vas a gastar fundamentando si sabés que te la van a dar [a la PP]? Salvo que estés muy mal de pruebas, que no pueda decirse que el imputado haya tenido que ver con el hecho, en una tentativa de homicidio o en un robo con armas, te la dan".

"Mirá, acá por lo general se controla si el imputado tuvo que ver con el hecho, y si el hecho es grave. Si los peligros están escritos o no, eso viene después, si viene. No es lo más importante generalmente".

Estos testimonios sirven para vincular a este modelo con lo que Garfinkel definió como un "acuerdo compartido", en este caso respecto a los actores judiciales, debido a la capacidad que éste compromiso tiene para funcionar como una regla entre Fiscales y JG. Este acuerdo "[...] se refiere a los variados métodos sociales para lograr el reconocimiento por parte de los miembros de que algo fue dicho de-acuerdo-con-una-regla. [...] las características de la sociedad real son producidas por acuerdos motivados de personas con expectativas de trasfondo [...]. Ese trasfondo debe ser visto como el orden legítimo de creencias sobre la vida en sociedad vista «desde dentro» de esa sociedad. Vistos desde la perspectiva de la persona, sus compromisos con los acuerdos

---

<sup>25</sup> Aquí es interesante ver cómo los antecedentes vuelven a jugar un papel importante, aunque no muy bien especificado, ya que sólo uno de los imputados los tiene, y sin embargo la PP es pedida para ambos. En síntesis, no queda claro cuál es en concreto el peso de los antecedentes porque las consecuencias son las mismas para quien los tiene y para quien no.

motivados consisten en un asimiento de y suscripción a los «hechos naturales de la vida en sociedad» (1996: 41-67). Al darse por sentado cuál será la interpretación que el JG realizará frente a la investigación de determinados delitos, existen cuestiones que no precisan ser manifestadas por parte del Fiscal. Si se acreditó la comisión del hecho y la posible participación del imputado, un JG que actúe de acuerdo con las "expectativas de trasfondo" que circulan en el ámbito judicial, podrá conceder la PP sin importar la referencia a los riesgos procesales en los argumentos.

Dos cosas para destacarse del presente modelo. Por un lado, que sus casos evidencian, tal como lo plantearon algunos informes, que existen "resoluciones en las que ni siquiera se [hace] mención al peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación [lo que] demuestra claramente que se sigue pensando al encarcelamiento como adelanto de pena" (INECIP, 2012: 69; CIPPEC, 2011). Por otro lado, y más importante si se quiere comprender el uso de la PP, que en este modelo se observa un criterio de equivalencias sobre la medida cautelar, que está presente de forma implícita para los operadores jurídicos. Y es este criterio de equivalencias, generado a partir del uso de la PP frente a determinados hechos, el que vuelve innecesario usar el lenguaje para cuestionar o para concordar (Boltanski, 2000: 107). Se trata, en definitiva, de argumentaciones acerca de la PP en las que no es necesario, para estos operadores, explicitar los peligros procesales del CPP.

### ***3.3.3 Argumentos en base a un acuerdo en disidencia***

Si en el modelo anterior existía un acuerdo tácito entre Fiscales y JG, en este no coinciden sus justificaciones. Lo dicho supone que los argumentos en los que el Fiscal sustenta el pedido de la PP, no sean los mismos que aquellos en los que apoya el JG su otorgamiento. Sin embargo, la medida cautelar sigue siendo necesaria para ambos.

En síntesis, a partir de los mismos hechos se llega a la misma resolución, que es la imposición del encierro preventivo, pero invocando motivos distintos.

<b>HECHO:</b> Tentativa de homicidio y homicidio.
<b>ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:</b> "Que asimismo se cumple el extremo exigido por el inciso 4º del artículo 157 del CPP de la PBA, ello así teniendo en cuenta la gravedad del hecho imputado, la circunstancia de encontrarse eventualmente vinculada una cuarta persona en los hechos, todo lo cual me lleva a sostener la necesidad del dictado de la prisión preventiva en orden asimismo al no entorpecimiento de la investigación".
<b>ARGUMENTO DEL JG:</b> "Encontrándose reunidos los requisitos para su procedencia (arts. 157 y 158 del CPP), y concurriendo los presupuestos establecidos en el art. 171 en

relación al 148 del mismo cuerpo legal, ello teniendo en cuenta la pena en expectativa que se espera como resultado del proceso, dato objetivo previsto en el art. 148 inc. 2do. del CPP para merituar el peligro de fuga, y que permite sostener la procedencia del encarcelamiento preventivo".

**HECHO:** Lesiones graves agravadas por el uso de un arma de fuego en concurso real con homicidio con dolo eventual agravado por el uso de arma de fuego.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "Que en virtud de la gravedad de los hechos que se le imputan, teniendo en cuenta la pena en expectativa, existiendo apariencia de responsabilidad de XXX por el hecho y a los fines del desarrollo del procedimiento resulta indispensable la privación de la libertad del mismo".

**ARGUMENTO DEL JG:** "Que las pruebas antes ponderadas resultan suficientes para adecuar el hecho en el delito de lesiones graves agravadas por el uso de arma de fuego [...]. Que como adelanté, me aparto de la calificación elegida por el agente fiscal interviniente, de homicidio con dolo eventual<sup>26</sup> [...]. Por otra parte, se encuentran reunidos los presupuestos exigidos por el artículo 171 del CPP, toda vez que las características del hecho acusado, el modo en que sucedió y las condiciones personales del imputado, ante una eventual pena en expectativa, en caso de recaer condena, la pena sería de efectivo cumplimiento, sumado a que en caso de recuperar la libertad podría entorpecer la averiguación de la verdad, siendo éste el fundamento mismo de la medida cautelar [...]"<sup>27</sup>.

**HECHO:** Privación ilegal de la libertad y abuso sexual con acceso carnal, agravado por la participación de dos personas y el uso de arma blanca.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "[...] por encontrarse reunidos los extremos requeridos por el art. 157 del CPP, solicito se dicte el auto de prisión preventiva".

**ARGUMENTO DEL JG:** "La situación descripta no resulta captada por la previsión excarcelatoria del art. 169 del plexo de forma, atento a la penalidad prevista para el hecho imputado. Por otra parte, el análisis de la cuestión desde una mirada que complemente la verificación de peligros procesales derivados de la pena en expectativa, la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, a mi juicio de suma gravedad, implica un obrar totalmente desamprensivo de la ley, que permite fundadamente presumir que el

<sup>26</sup> Dejando de lado las discusiones que en doctrina penal se generan acerca de si es posible la existencia de "dolo eventual", para este caso concreto, definirlo como un homicidio con dolo eventual o como un homicidio culposo agravado puede traer consecuencias directas respecto al uso de la PP. Teniendo en cuenta la PEE del primero que va de 8 a 25 años, esto podría transformarse en un elemento para solicitar y otorgar la medida cautelar (Art. 79 CP). En el caso de homicidio culposo la escala penal va de los 6 meses a los 5 años, pudiendo ser considerado como excarcelable (Art. 84 CP). Véase en el Anexo Legislativo el Art. 169 del CPP de la PBA.

<sup>27</sup> Un informante clave nos dijo que este hecho fue controvertido a raíz de que la persona que había cometido el homicidio era, además de Sargento de la policía de la PBA, hijo de un Comisario de la misma fuerza. Esto dio lugar a que se considerara a la recalificación hecha por el JG de homicidio doloso a culposo como una prebenda por los rangos del imputado y su padre.

procesado en libertad intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la marcha del proceso y la investigación".
---

Este modelo presenta equivalencias respecto al resultado al que los operadores jurídicos consideran necesario arribar, que es el uso de la PP, pero muestra diferencias en las justificaciones para llegar a ese resultado. Surge un "acuerdo en disidencia", en el que los actores judiciales "proporcionan justificaciones haciendo un uso determinado del lenguaje por medio del cual se reconstituyen las equivalencias [...]" (Boltanski 2000: 106-8). Si bien no se trata de un enfrentamiento en el sentido tradicional del término, con abierta oposición entre una postura y otra, existe un desajuste ya que el JG resuelve diferenciarse de los argumentos expuestos por el Fiscal. De hecho, esto es lo que lo distingue del modelo de "acuerdo tácito".

### ***3.3.4 Argumentos en base a la confianza perdida***

A partir de la presentación de los tres modelos trabajados, y de la información que éstos han brindado, se ha podido conocer los distintos tipos de justificaciones que formulan los operadores jurídicos para los casos en que la PP es homologada. Esto último obliga a preguntarse ¿bajo qué argumentos solicitan los Fiscales la PP que luego no será concedida? Y a su vez, ¿cuáles son las justificaciones de los JG para denegarla?

Con este cuarto modelo de argumentación, se mostrarán una serie de casos que se distinguen de los que se brindaron en los apartados anteriores, dado que se trata de negativas de los JG frente a los pedidos de PP efectuados por la Fiscalía. Analizarlos resulta sumamente importante ya que casos como estos han quedado relegados en los informes y documentos acerca de la medida cautelar<sup>28</sup>, sin que se expresen los motivos de dicho abandono.

<b>HECHO:</b> Lesiones graves calificadas por el vínculo.
<b>ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:</b> "Que atento a la gravedad del hecho aquí investigado, la pena en expectativa, la posibilidad de que el aquí encartado intente eludir el accionar de la justicia, aparece como cierto y probable. En virtud de ello, entiende este Fiscal, que la medida de coerción solicitada se encuentra así suficientemente fundada".
En un primer momento, la causa estuvo a cargo del JG subrogante <sup>29</sup> quien otorgó la PP ya que la pena que recaería sobre el imputado no podría ser de carácter condicional, razón por la cual eso beneficiaría el peligro de fuga. Doce días después de esta resolución, el JG titular retornó a

<sup>28</sup> Esta ausencia no sólo se observa en las investigaciones del CIPPEC y la ADC, sino también en otras realizadas por el CELS, CEJA, INECIP o DPLF.

<sup>29</sup> El Juez subrogante es quien designa la ley para ejercer momentáneamente el cargo del Juez titular frente a su ausencia.

su trabajo.

**ARGUMENTO DEL JG:** "Luego de una lectura concienzuda de la IPP no es posible encontrar justificada la existencia del ilícito. [...] la forma descripta por el Sr. Agente Fiscal de cómo se desarrollaran los hechos que causaran dicha lesión posee basamento principalmente -sino únicamente- en el testimonio de su concubina XXX, quien posteriormente, en sede judicial, brindó una versión de los hechos que ya no la ubican como testigo directo y presencial de la supuesta agresión. A ello debe sumarse, como circunstancia que, al menos, restan credibilidad a la testigo, que extrajudicialmente ensayó distintas explicaciones del acontecer de los hechos [...], de las cuales no es posible extraer justificadamente la intención de causar una lesión por parte del imputado XXX para con su hija menor de edad. Desde otra atalaya, y sin desmedro de lo antedicho, tampoco es posible colegir la existencia de peligros procesales ciertos. La actitud desarrollada por el aquí imputado en los momentos posteriores al acaecer ilícito permite inferir razonadamente que el mismo no intentará eludir el accionar de la justicia, ya que se había presentado con su DNI en la seccional policial en reiteradas ocasiones al tomar conocimiento de que era buscado [...]. Por lo tanto, no existiendo mérito alguno para que XXX permanezca privado de su libertad y de conformidad por lo dispuesto en el CPP, resuelvo no hacer lugar a la prisión preventiva solicitada por el Sr. Agente Fiscal, y decretar la libertad por falta de mérito de XXX".

**HECHO:** Robo calificado.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "Debido a la gravedad del hecho y la pena en expectativa, existe la posibilidad cierta de que el imputado pretenda eludir el accionar de la justicia. Y en virtud de que están reunidos los extremos del art. 157 del CPP, se encuentran acreditados los hechos y hay motivos suficientes para que el imputado resulte ser el autor penalmente responsable, solicito la medida cautelar".

**ARGUMENTO DEL JG:** "Que del contenido de los referenciados testimonios, no surge que haya directa imputación alguna hacia el imputado aquí detenido, por lo que si bien se encuentra justificada la existencia del cuerpo del delito, la sola valoración del acta referenciada no tiene la fuerza suficiente que requiere este estadio respecto de la participación en el hecho del imputado XXX, por lo que no alcanza a satisfacer los requisitos del inc 3 del art. 157 del CPP".

**HECHO:** Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

**ARGUMENTO DE LA FISCALÍA:** "Que conforme surge de la ley 13.449 y res. 228/06 de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires este Ministerio viene por el presente a exponer los motivos que hacen procedente la imposición de la medida de coerción que se solicita. Que se encuentra acreditada la responsabilidad del ciudadano respecto del hecho que se le imputa en la calidad premencionada. Que asimismo el suscripto entiende que

existe proporcionalidad entre la medida cautelar requerida y el objeto tutelado".

**ARGUMENTO DEL JG:** "Frente al requerimiento fiscal a despacho y partiendo de una concepción progresiva respecto de la comprobación de la hipótesis delictiva a medida que avanza el procedimiento, no aparece ahora suficientemente evidenciada aquella finalidad comercial evaluando también la manifestación del encartado [...]. Téngase en cuenta además que de la laxa e imprecisa maniobra de *pasamanos* referida en el acta xxx no es posible inferir que el imputado cumpliera el rol de vendedor. Tampoco a partir de la escasa suma de dinero que le fue secuestrada y las características del cambio de los billetes. En definitiva, no es posible sostener a esta altura probada la existencia de alguna conducta compatible con la finalidad de comerciar ni aparecen configurados los extremos que permitan fundar un reproche a partir de la simple tenencia de los estupefacientes. Bajo ese piso de marcha no existe mérito suficiente para continuar con la detención del mencionado XXX".

En este último modelo aparece una certeza debilitada, que se manifiesta en el escepticismo de los JG frente a los argumentos de los Fiscales. Las circunstancias en las que este escepticismo puede cristalizarse son dos: primero, a la hora de verificar la existencia de una conducta tipificada penalmente. Segundo, y en caso de que el delito se haya conseguido verificar, que el imputado sea, *prima facie*, autor o partícipe en su comisión.

De los casos analizados, en tres de ellos los JG consideraron que los Fiscales no habían podido demostrar la comisión de un delito, y en los otros dos, que aún existiendo hechos ilícitos, no lograron "vincular incuestionablemente al imputado con ellos". Sin estas dos confirmaciones, los peligros procesales que exige el CPP de la PBA pasan a un segundo plano en la disputa que -sobre la PP- tienen Fiscales y JG.

Una cuestión a subrayar, es la dificultad para conseguir expedientes como los anteriores en los que la PP se deniega. Por este motivo, consultamos a los actores judiciales respecto a su percepción sobre las proporciones entre medidas cautelares aceptadas y rechazadas.

"En mi juzgado la estadística ha estado casi siempre 25 a 75 a favor, pero varía turno a turno.

ENTREVISTADOR: ¿25% concesiones, 75% denegaciones, o al revés?

Al revés, al revés. Si fuera como decís, estaría todos los días en la tapa de los diarios".

"Yo estimaría que el 90% de las solicitadas, son concedidas. Y de las que son recurridas por los Defensores el porcentaje de confirmación es aproximadamente de un 85 %".

"Mirá, la verdad no sabría decirte exactamente [...], pero acá la mayoría de las preventivas que pedimos, nos las dan. Y por lo que tengo entendido, es en general así. De hecho, hay un mito sobre un Juzgado de Garantías que dicen que nunca denegó una preventiva".

Estos testimonios sugieren que el principal obstáculo para encontrar expedientes con pedidos de PP denegados está en los porcentajes generales de aceptación, que son muy altos. Si bien esta información no puede contrastarse con estadísticas<sup>30</sup>, resulta un aporte valioso porque permite acercarse a un tema, el de las negativas frente a la solicitud de PP, que hasta el momento no ha sido estudiado.

#### **4- Conclusión**

En el desarrollo de este artículo, se priorizaron los argumentos que utilizan los JG y Fiscales en los expedientes. Estos instrumentos sirven para organizar el trabajo dentro del ámbito judicial: describen hechos, jerarquizan explicaciones, evidencian capacidades y delimitan responsabilidades. Es por esto que los trabajos del CIPPEC y la ADC pueden considerarse un avance a la hora de describir y analizar el uso de la PP en estos instrumentos. Sin embargo, estos trabajos se mantienen más cerca de un enfoque jurídico que de un estudio socio-jurídico, en el sentido de que priorizan *transformar* la realidad de la medida cautelar en la PBA, antes que *comprenderla* (Latour, 2008: 67)<sup>31</sup>.

En la sección ulterior se buscó esclarecer bajo qué manifestaciones la medida cautelar es solicitada, aceptada o rechazada, a raíz de que son estas manifestaciones las que permiten rastrear el movimiento de la PP dentro del PJ. Al examinar estas justificaciones, se comenzó por el pedido de los Fiscales ya que la sucesión de argumentos sobre la PP se inicia con su solicitud, y porque además estos fundamentos deberían tener en cuenta las eventuales críticas que puedan realizarle los JG. Para profundizar este análisis se construyeron cuatro modelos de argumentación, con los que se intentó evitar la "traducción" de las justificaciones, presentándolas tal cual fueron redactadas por los actores judiciales.

<sup>30</sup> No existen cifras oficiales sobre la cantidad de medidas cautelares que se solicitan, aceptan o deniegan.

<sup>31</sup> Los informes y documentos que investigan el uso de la PP, desde la PBA hasta América Latina (ADC, CIPPEC, INECIP, CELS, CEJA, DPLF) se proponen como uno de sus objetivos intervenir en la práctica cotidiana de la medida cautelar por medio de diagnósticos y propuestas de cambios. Sin excepciones, postulan distintas recomendaciones acerca de lo que debería hacerse con este instituto, mostrándose más interesados en las soluciones que pretenden auspiciar y menos en el análisis del problema.



Los modelos permitieron evidenciar distintos grados de coacción que los operadores jurídicos reflejaron en la situación en que se hallaban, para hacer que las solicitudes -en el caso de los Fiscales- y las aceptaciones -en el caso de los JG- resultaran justificables.

El primero es un modelo de argumentación *en base a la ley*, dentro del cual la PP es solicitada y concedida respecto a uno -o dos- de los riesgos procesales que exige el CPP. El segundo se realiza *en base a un acuerdo tácito*, ya que la medida cautelar es pedida y otorgada, si bien no se mencionan en las justificaciones ni el peligro de fuga ni el entorpecimiento en la investigación. El tercero se compone de *acuerdos en disidencia*, a raíz de que los argumentos entre los Fiscales y los JG no concuerdan, pero la PP es igualmente aplicada.

Por último, y a partir del sistema de relaciones que el pedido de la PP instaura, estos tres modelos pueden concretarse siempre que las presentaciones de los Fiscales hayan satisfecho ciertos requisitos para ser consideradas viables. Según los expedientes consultados, estas condiciones son dos. Primero, que el Fiscal demuestre la existencia del delito, y segundo, que el imputado haya participado probablemente en este último. Sólo verificados ambos requisitos es posible que surja un acuerdo activo sobre la necesidad de hacer uso de la PP.

En síntesis, se pretendió explorar al encierro preventivo como una competencia que desarrollan los operadores jurídicos al producir justificaciones y argumentos, escepticismos y acuerdos activos. Esto no significa minimizar los efectos nocivos que su utilización puede acarrear, como consecuencia del encarcelamiento de miles de personas jurídicamente inocentes en la PBA. Por el contrario, al ir más allá del desencanto con el que se presenta a la PP cuando sólo se intenta criticar su uso, se buscó revalorizarla como una práctica que genera relaciones entre los JG y Fiscales que intervienen en los expedientes.

### ***Bibliografía***

ADC, *Prevenir no es curar*, EMEPE, Bs. As., 2012

L. Barrera, *La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema argentina*, disponible en <http://www.palermo.edu>, 2008

L. Barrera, *Más allá de los fines del derecho: expedientes, burocracia y conocimiento legal*, disponible en <http://www.flacso.org.ec>, 2011

- L. Barrera, *La corte suprema en escena*, Siglo XXI, Bs. As., 2012
- L. Boltanski, *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Buenos Aires, 2000
- P. Bourdieu, *Poder, derecho y clase social*, Desclée, Bilbao, 2001
- J. Cafferata Nores, *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Bs. As., 1992
- CEJA, *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina* (Volumen II), CEJA, Santiago, 2011
- P. Ciochini, *Tiempo de justicia*, Tesis Doctiral, Oñate, 2013
- CIPPEC, *¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?*, Documento de Trabajo N° 74, Bs. As., 2011
- F. Chateauraynaud, *La coacción argumentativa*, GSPR-EHESS, Versión presentada para publicación a la Revista Europea de Ciencias Sociales, 2005
- A. García Inda, *Las violencias de las formas jurídicas*, Cedecs, Barcelona, 1997
- H. Garfinkel, *Estudios en etnometodología*, Anthropos, Madrid, 1996
- J. Goody. *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*. Madrid, Alianza Editorial, 1990
- L. Hazan, *La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal*, CEJA, Santiago de Chile, 2009
- A. Iud, *El impacto de la oralidad en la reducción del uso de la prisión preventiva*, Revista de Derecho Procesal Penal, Bs. As., 2008
- B. Latour, *The making of Law*, Polity Press, Cambridge, 2010
- J. Martínez, *Expedientes*, CEJA, Santiago de Chile, 2004
- R. Levene (H.) (1993), *Manual de Derecho Procesal Penal - Tomo I-*, Depalma, Bs. As.
- B. Renoldi, *Narcotráfico y justicia en Argentina: la autoridad de lo escrito en el juicio*, Antropofagia, Buenos Aires, 2008
- M. J. Sarabayrouse, *La justicia penal y los universos coexistentes*, en *Burocracias y violencia*, Antropofagia, Bs. As., 2004, p. 203-238
- B. Sousa Santos, *Sociología Jurídica crítica*, Trotta, Madrid, 2009
- Vaughan, D. (1999) [\*The dark side of organizations\*](#), Annual Review of Sociology, p. 271-305
- Vaughan, D. (2007) *Criminología y sociología de las organizaciones*, Delito y Sociedad N° 24, p. 7-25
- M. Weber, *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002